Die rechtliche Natur

des

Selbsthülfeverkaufs bei Gläubigerverzug

nach

Handelsrecht vor und nach dem 1. Januar 1900

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Georg Heymann
Referendar aus Altona

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0078

Disposition.

I. Geschichtliche Entwicklung des Selbsthülfeverkaufs. § 1. . . . . Seite 11—20

II. Rechtliche Natur des Selbsthülfeverkaufs:

a) Die Eigenschaften, die sich aus der gesetzlichen Benennung ergeben:

1. Akt der Selbsthülfe; § 2. . . Seite 20—22
2. Verkauf. § 3. . . . . Seite 22—27

b) Die Eigenschaften, die sich aus der Einordnung in das Rechtsystem ergeben:

1. Folge des Annahmeverzuges. § 4. Seite 27—48
2. Erfüllungssurrogat. § 5. . . Seite 48—52
3. gesetzliche indirekte Stellvertretung. § 6. . . . . Seite 52—60

III. Ergebnis. § 7. . . . . Seite 60—61

Verzeichnis

der Abkürzungen und der benutzten Litteratur.

ADHGB. = Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch von 1861.

ALR. = Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten vom 5. Februar 1794.

Anschütz-Völderndorff = Kommentar zum ADHGB. von Dr. Aug. Anschütz und Dr. v. Völderndorff, Erlangen 1874.

Archiv f. bürgerl. Recht = Archiv für bürgerliches Recht herausgegeben v. Kohler, Ring, Oertmann (Berlin).

Bähr = Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 1867. 2. Auflage.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

Brinckmann = Lehrbuch des Handelsrechts von Dr. C. H. L. Brinckmann, fortgesetzt von W. Endemann, Heidelberg 1853—1860.

Bolze, = Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen von A. Bolze (Eine Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts) Leipzig.

Brunner = Der Selbsthülfeverkauf nach ADHGB. Inaug. Diss. Zürich 1881.

Busch's Archiv = Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts. Herausgegeben zuerst von F. B. Busch, zuletzt von H. Busch.

Conze = Der Kauf nach hanseatischen Rechtsquellen. Inaug. Diss. 1889.

Corpus juris civilis (editio stereotypa septima) recognovit P. Krüger et Th. Mommsen.

Cosack H-R. = Lehrbuch des Handelsrechts von Conrad Cosack, 4. Aufl. Stuttgart 1898.

Cosack, bürg. R. = Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts von Conrad Cosack, 2. Aufl., Jena 1899.

Denkschrift = Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift. (Amtliche Ausgabe) Guttentag 1896.

Dernburg: Pfandrecht = Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, von Heinrich Dernburg, Leipzig 1860.

Dernburg: Pand. = Pandekten von Heinrich Dernburg, 6. Aufl., Berlin 1900.

Dernburg: bürg. R. = Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens von Heinrich Dernburg, 1. u. 2. Aufl., Halle 1901.

Düringer-Hachenburg = Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (mit Ausschluss des Seerechts) auf der Grundlage des BGB., erläutert von Dr. A. Düringer, Dr. M. Hachenburg, Mannheim 1900 ff.

Endemann = Handbuch des deutschen Handels-See- und Wechselrechts, herausgegeben von W. Endemann, Leipzig 1881—85.

Endemann Handelsrecht = Das deutsche Handelsrecht von Dr. Wilhelm Endemann, Heidelberg 1865.

Endemann = Der von der ersten Commission ausgearbeitete Entwurf eines BGB's.

Endemann = Der von der zweiten Commission in erster Beratung beschlossene und auf amtliche Veranlassung 1894/95 veröffentlichte Entwurf eines BGB's.

Fuchsberger = Sämtliche Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Handelsrechts, 3. Aufl. 8. u. 9. Lieferung 1899.

Gajus Inst. = Gaii Institutionum Commentarii quattuor (emendavit Eduardus Böcking, Leipzig 1855.

Gareis, Stell. z. Dispos. = Das Stellen zur Disposition nach modernem deutschen Handelsrecht von Carl Gareis, Würzburg 1870.

Gerber-Cosack = System des deutschen Privatrechts von C. F. v. Gerber, neubearbeitet von Konrad Cosack, 17. Aufl. 1895.

Goldschmidt = Handbuch des Handelsrechts von Dr. L. Goldschmidt, 2. Aufl. 1874, 1883.

Glück = Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld, ein Commentar von Chr. Fr. Glück, Erlangen 1797—1853.

G. Z. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht begründet von L. Goldschmidt, herausgegeben von Keysner und Lehmann (Stuttgart).

Hahn = Kommentar zum ADHGB. von Fr. v. Hahn, 2. Aufl., Braunschweig, 1875.

Hanausek = Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware von Dr. Gustav Hanausek, Berlin 1883, 1884, 1887.

Hans. G.-Z. = Hanseatische Gerichtszeitung: Handelsrechtliche Fälle, Hamburg.

HGB. = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Heyer = Die Selbsthülfe von Dr. Heyer, Assessor im Archiv für bürgerliches Recht; herausgegeben von Kohler, Ring, Oertmann: Bd. XIX., Berlin 1901.

Hirsch = Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug, Leipzig 1895.

Holdheim = seit 1897 Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen; herausgegeben von Dr. P. Holdheim (Berlin).

Jten = Wirkungen des Verzugs des Schuldners beim Fixgeschäft, Inaug.-Diss.. Zürich 1881.

Jahrbücher = Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts; herausgegeben von Jhering u. A. (Jena).

Jurist. Zeit. = Deutsche Juristen-Zeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein, Staub (Berlin).

Jurist. Wochenschrift = Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Dr. jur. L. Kuhlenbeck, Berlin.

Keller = Pandekten, Vorlesungen von Friedrich Ludwig von Keller; 2. Auflage, besorgt von Dr. W. Lewis Leipzig 1866.

Kisch = Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen von Dr. Wilh. Kisch in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerl. Rechts, zweite Folge. Bd. VIII. Jena 1902.

Laband = Zum zweiten Buch des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: von Dr. Paul Laband im Archiv für civilistische Praxis. Freiburg i. B. 1889.

Lamprecht = Verzug bei dem Kauf. (aus Busch's Archiv NF. Bd. I.) 1872.

Lehmann = Kommentar zum BGB. und seinen Nebengesetzen: „Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich"; erläutert von K. Lehmann und V. Ring, Zweiter Band, bearbeitet von K. Lehmann, Berlin 1901.

Lehmann „Abnahme" = Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme" (Empfangnahme) nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Handelsgesetzbuche von Professor Dr. K. Lehmann. Jurist. Zeit. VII. Jahrg. 1902. Nr. 21.

Makower = Das ADHGB. Mit Kommentar, herausgegeben von H. Makower. 11. Aufl. Berlin 1893.

Materialien = Materialien zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich und dem Einführungsgesetze. Berlin: Karl Heymann's Verlag 1897.

Matthiass = Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Dr. Bernhard Matthiass. 4. Aufl. Berlin 1900.

Mommsen = Beiträge zum Obligationenrecht von Friedrich Mommsen. Bd. III. Braunschweig 1855.

Motive = Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe: Guttentag. Berlin, Leipzig 1888.

Oertmann = Kommentar zum BGB. und seinen Nebengesetzen: „Das Recht der Schuldverhältnisse", erläutert von Paul Oertmann. Berlin 1899.

Planck: = Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert von Dr. G. Planck in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Rittgen, Unzner: erste und zweite Auflage. Berlin 1898.

Protokolle = Protokolle der Kommission zur Beratung eines ADHGB., herausg. von J. Lutz. Würzburg 1858.

Puchelt-Förtsch = Kommentar zum ADHGB., herausg. von Dr. E. S. Puchelt. 4. Aufl., bearbeitet von R. Förtsch. Leipzig 1894.

Rautmann = Rechte des Verkäufers bei mora accipiend des Käufers nach gemein. Recht und Handelsrecht. Inaug.-Diss. Göttingen 1889.

RG. = Entscheidungen des Reichtsgerichts in Civilsachen (Leipzig).

RH.: Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausg. von Mitgliedern des Gerichtshofes (Erlangen.)

Romeick = Zur Technik des BGB. Heft I.: Fristbestimmung von Romeick, Stuttgart 1901.

Rosenberg = „Der Verzug des Gläubigers. Voraussetzungen und Wirkungen nach dem BGB. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts“ von Dr. jur. Leo Rosenberg, Posen, in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerl. Rechts; zweite Folge, Bd. VII., Jena 1901.

Saenger = Der Verzug beim Kaufe nach heutigem Recht unter Vergleichung des alten Handelsrechts von Dr. jur. Bruno Saenger, Berlin 1902.

Schey = Begriff und Wesen der mora creditoris im österreichischen und gemeinen Recht. Eine civilistische Untersuchung von Dr. J. v. Schey, Wien 1884.

Schmidt-Scharff = Wirkungen der mora accipiendi des Käufers. Inaug.-Diss. Göttingen 1891.

Schollmeyer = „Recht der Schuldverhältnisse“ von Friedrich Schollmeyer, München 1900.

Sintenis = Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836.

Seufferts Archiv = J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (München-Leipzig).

Staub, 5. Aufl. = Kommentar zum ADHGB. von Hermann Staub, 5. Aufl., Berlin 1897.

Staub, 6. u. 7. Aufl. = Kommentar zum Handelsgesetzbuch von Hermann Staub 6. u. 7. Aufl., Berlin 1900.

Striethorst: = Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Obertribunals gelangt sind; herausgeg. von Theod. Striethorst (Berlin, Guttentag).

Theilemeier = Der Selbsthülfeverkauf nach gemeinem Recht. Inaug.-Diss. Erlangen 1899.

Thöl = Das Handelsrecht von Dr. H. Thöl, 5. Aufl., Leipzig 1876.

Ulrich = Die Deposition und Dereliction behufs Befreiung des Schuldners. Inaug.-Diss. Zürich 1877.

Vangerow = Lehrbuch der Pandekten von Dr. Karl Adolf v. Vangerow, 7. Aufl., Marburg-Leipzig 1876.

Wachsner = Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzuges nach gemeinem Rechte und dem bürgerl. Gesetzbuche. Inaug.-Diss. Rostock 1900.

Windscheid-Kipp = Lehrbuch des Pandekten-Rechts von Dr. Bernhard Windscheid, 8. Aufl., bearbeitet von Dr. Theodor Kipp, Frankfurt a. M. 1900.

Wrede = Giebt es nach gemeinem Recht einen Selbsthülfeverkauf? Inaug.-Diss. Erlangen 1898.

Zusammenstellung = Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zu dem Entwurfe eines BGB., gefertigt im Reichsjustizamte: 6 Bände.

§ 1.

Den Selbsthülfeverkauf stellten die Römer zur Abwehr der dem Schuldner nachteiligen Folgen des Gläubigerverzugs neben die Dereliction des Leistungsgegenstandes und die Hinterlegung desselben. Das Mittel der Preisgebung des Obligationsobjekts erschien den Römern besonders bei Geldschulden[1] „von vornherein unanwendbar", und bei anders gearteten Leistungen erwies sich dieser Rechtsbehelf als wenig geeignet. Auch die Deposition, die gegenüber der Dereliction „ein bemerkenswerter Fortschritt" war,[2] erschien noch vielfach unzweckmässig und unpraktisch, wenn nämlich das Verpflichtungsobject etwa so beschaffen war, dass sein wirtschaftlicher Wert im wesentlichen in der Möglichkeit des wirtschaftlichen Gebrauchs bestand. Durch die langandauernde Hinterlegung wurde die Verwendung des Objektes schwer beeinflusst.

Um den wirtschaftlichen Wert nach Möglichkeit nicht zu vermindern und um dieser „systematischen Güterzerstörung"[3] entgegenzutreten, glaubte man, sich am besten des Rechts des Selbsthülfeverkaufs

1) Hirsch Seite 68.
2) Hirsch Seite 98.
3) Kohler, Jahrbücher Bd. XVIII, Seite 339.

bedienen zu können. In den römischen Rechtsquellen finden sich nur zwei kurze Erwähnungen dieses Rechtsbehelfes,[1] [2] man begnügte sich damit, das Prinzip desselben[3] aufzustellen. In der ersten Stelle wird dem von mora creditoris bedrohten Schuldner gestattet, das Verpflichtungsobjekt „bona fide" zu verkaufen unter Vermeidung der nur im Notfall anzuwendenden Dereliction. — Die Kodexstelle weist den Schuldner an, die Früchte, die er schuldlos nicht entrichten kann, durch richterliche Vermittlung zu veräussern und den Erlös zu hinterlegen.

Diese Quellenstellen beweisen also, dass bereits in dem entwickelteren römischen Rechte der Verkauf des Obligationsgegenstandes von seiten des Schuldners gestattet war, allerdings als ein Recht, das stets nur alternativ neben der Preisgebung steht. Auch in den

1) l. 1 § 3 D. de periculo et commodo rei venditae 18,6 (Ulpianus libro 28 ad Sabinum): Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam, testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur; si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius ea propter mercedem quoque doli orum potest exigere, sed ita demum, si interfuit ejus in ania esse vasa inquibus vinum fuit, veluti si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit, ab emtore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emtori.

2) 2 O § 2, C. 11,47: Sin autem reditus non in auro, sed in speciebus inferuntur vel in totum vel ex parte iterum per officium judicis fructus vendantur et pretia eorum secundum praedictum modum deponantur.

3) Hirsch Seite 98.

deutschen Rechtsquellen[1]) ist das Mittel der Verkaufsselbsthülfe nicht unbekannt. Eine Urkunde aus der Zeit der Hansa (vierzehntes Jahrhundert), in welcher Lübeck mit dem Herzog Hakon von Norwegen Vereinbarungen trifft, lautet:[2]) „Si quis mercatorum merces emptas datis arrhis secum eodem die, quo emerit, non asportat, licitum est ei, cujus illae merces fuerant, eos vendere postea cuicumque.

Eine andere Quelle des deutschen Rechts weist noch deutlicher auf das Vorhandensein dieses Selbsthülfeverkaufsrechts hin; es ist eine Satzung aus dem Stadtrecht von München: Sie lautet:

„swaz verleitchauft wirt swer daz chauft, wil der daz nicht haimen . . .
und lösen, so sol ez der da verchauft hat, fur recht pringen und dann verchauffen als daz recht sait: gieng im aber daran icht ob. daz sol im iener erstatten.“ [3]

Hier wird dem Schuldner ein Recht eingeräumt, das ganz genau dem modernen Selbsthülfeverkauf entspricht.[4])

Das gemeine Recht hat sich den Anschauungen der römischen und deutschen Quellen angeschlossen. Es erscheint das Verkaufsrecht „an Stelle der Aussetzungsbefugniss, sodass nur da, wo Verkaufsselbsthülfe aus irgend welchem Grunde nicht ausführbar ist, Preisgebung noch als zulässig anerkannt werden kann.“[5]

1) Wrede Seite 31.
2) Conze Seite 63.
3) Gerber-Cosack Seite 342 Anm. 9.
4) Vergl. ferner die Stellen bei Kohler: „Der Gläubigerverzug“ im Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. XIII, Seite 236 ff.
5) Wrede Seite 33.

In der Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu München[1] heisst es mit Rücksicht auf l. 1,3 D. 18,6, dass es „nach den Begriffen der heutigen Zeit unerlässlich sei, dass nach dieser Gesetzesstelle der Verkäufer billigerweise den Verkauf durch die bona fide gebotene Schonung statt der rigorosen Beseitigung der Ware wähle." In gleicher Weise findet sich die Verkaufsselbsthülfe in noch zahlreichen andern höchstrichterlichen Entscheidungen aus der Praxis des gemeinen Rechts,[2]) welche ausdrücklich ein Verkaufsrecht des Schuldners auf Rechnung des säumigen Gläubigers anerkennen.

Die Ausgestaltung des Selbsthülfeverkaufsrechts hat erst in der Entwickelung unserer modernen Kodificationen stattgefunden. Allerdings wird nach dem neueren Recht die Befugnis der Verkaufsselbsthülfe durchweg an Beschränkungen geknüpft, und zwar ist der Selbsthülfeverkauf im Wesentlichen nur dann gestattet, wenn die Sache sich zur Deposition nicht eignet, da ihre Aufbewahrung Kosten bezw. Unbequemlichkeiten verursacht. Das ALR. berechtigt den Verkäufer im § 218 I. 11 bei mora accipiendi des Käufers zu dem Antrage auf gerichtliche Versteigerung des Objekts, sofern die Sache dem Verderben unterworfen ist oder zu besorgen steht, dass die Kosten der Aufbewahrung und Verwaltung mehr als die Hälfte des Kaufpreises betragen werden.

1) Seuffert's Archiv Bd. XVI S. 45.

2) Seuffert's Archiv Bd. V No. 156; Bd. VIII No. 351; Bd. XI No. 231; Bd. XIV No. 122; Bd. XVI No. 25; Bd. XVII No. 272; Bd. XXXIII No. 7; RG. Bd. I S. 358; Bd. X S. 182.

Der Ausdruck „Selbsthülfeverkauf“ ist von der modernen Praxis namentlich vom RH. und vom RG. in Beziehung auf den Art. 343, Abs. 2 und 3 des ADHGB. gebraucht worden. Die Protokolle[1] zur Beratung des ADHGB. sprechen von dem Recht des Verkäufers beim Empfangnahmeverzug des Käufers von einer „Verkaufsselbsthülfe“. Jedoch hat das ADHGB. nicht den Ausdruck selbst in den Text aufgenommen, sondern erst im HGB. vom 10. Mai 1897 findet sich im § 373 der Ausdruck „Selbsthülfeverkauf“.

Da es Gegenstand dieser Abhandlung sein soll den handelsrechtlichen Selbsthülfeverkauf bei Gläubigerverzug auf seine rechtliche Natur hin zu untersuchen, so hat sich die folgende Darstellung nur auf diesen zu beschränken. Nur soweit es für die Skizzirung der rechtlichen Gestaltung des Selbsthülfeverkaufs bei Gläubigerverzug unbedingt erforderlich ist, wird das römische und gemeine und auch das moderne bürgerliche Recht in Betracht zu ziehen sein.

Im alten wie im neuen Handelsgesetzbuche finden sich mehrere Fälle des Selbsthülfeverkaufs. Es ist notwendig wiederum diejenigen Fälle aus der Betrachtung auszuscheiden, bei denen das Selbsthülfeverkaufsrecht nicht als eine Wirkung des Gläubigerverzuges anzusehen ist. —

Zu diesem Zweck ist es wichtig, hervorzuheben, dass der Käufer dem Verkäufer gegenüber zugleich Schuldner und Gläubiger sein kann.[1] Zunächst ist

1) Protokolle III, Seite 1460. „Verkaufsselbsthülfe“.
2) Staub, 6. u. 7. Auflage zu § 373 (Einleitung).

der Käufer verpflichtet, dem Verkäufer den Kaufpreis zu zahlen:

Der Käufer ist somit dem Verkäufer gegenüber Schuldner. Bezüglich der Ware ist der Käufer aber sowohl Gläubiger als Schuldner dem Verkäufer gegenüber:

Der Käufer hat das Recht, die Ware zu fordern, er hat aber die Pflicht, dieselbe abzunehmen.

In beiden Beziehungen kann der Käufer in Verzug geraten.

Die folgende Darstellung soll sich aber darauf beschränken, die rechtliche Natur des Selbsthülfeverkaufes für den Fall zu betrachten, dass der Käufer als Forderungsberechtigter, als Gläubiger, in Verzug gerät:

es wird somit im Folgenden nur vom Gläubigerverzug zu sprechen sein.

Nach dem ADHGB. sind zum Selbsthülfeverkauf unter gewissen Voraussetzungen bei Gläubigerverzug berechtigt:

Der Verkäufer, nach Art. 343;[1] ferner der Kommissionär Art. 366, Abs. 2; denn der Kommissionär

1) Staub, 6. u. 7. Aufl., § 375, Anm. 15, 16, will übereinstimmend mit der für das ältere Recht von der Judikatur vertretenen Auffassung auch für das neue Recht dem Verkäufer auch im Falle des Spezifikationsverzuges seitens des Käufers das Recht des Selbsthülfeverkaufs gestatten, da der Käufer, wenn er die Spezifikation verzögert, in Annahmeverzug gerät.

Ebenso: RG. Bd. X S. 100; Bd. XLIII S. 104; RH. Bd. XV. S. 146 ff.; Bd. XXII S. 5; derselben Ansicht ist auch Oertmann, zu § 295 des BGB. Auch nach der Denkschrift S. 219 ist dies anzunehmen.

Lehmann ist in seinem Kommentar Bd. II S. 112 anderer Ansicht, und dieser ist durchaus beizupflichten: „es liegt

nimmt bei der Einkaufskommission in dieser Beziehung dem Kommittenten gegenüber ganz die Stellung eines Verkäufers ein; sowie der Spediteur nach Art. 387[1] und der Frachtführer nach Art. 407.[2]

Das HGB. hat diesen Rechtsbehelf ausser dem Verkäufer, im § 373,[3] dem Kommissionär im § 389,[4] dem Spediteur im § 407 und dem Frachtführer im § 437,[5 6] in gleicher Weise auch dem Lagerhalter im § 417 gewährt. — Das im Art. 348, Abs. 5, bezw. im § 379, Abs. 2 dem Käufer gewährte

keineswegs in dem blossen Schweigen (a. a. O. No. 15) des Käufers auf die Spezifikationsbestimmung des Verkäufers ohne Weiteres ein Annahmeverzug des Käufevs. Diese für das ältere Recht vertretene Auffassung ist dem neuen Gesetzbuche gegenüber nicht aufrecht zu erhalten."

a. a. O. No. 15: Etwas anderes ist es, wenn die Spezifikation rechtsgültig vorgenommen ist und nunmehr der Käufer in Annahmeverzug gerät. — Dann verwandelt sich eben der Spezifikationskauf in einen gewöhnlichen Kauf.

1) „insbesondere kommen die Bestimmungen, welche in „den Artikeln 355—367 für dem Kommissionär gegeben sind „auch für den Spediteur zur Anwendung."

2) Der Art. 407 gestattet aber dem Frachtführer den öffentlichen Verkauf nur auf Grund besonderer gerichtlicher Anordnung, welche auf Antrag erfolgt.

3) Vgl. hierzu die oben in Anmerkung 1 auf Seite 16 erwähnte Kontroverse.

4) Der Annahmeverzug des Kommittenten berechtigt den Kommissionär zum Selbsthülfeverkauf für Rechnung des säumigen Kommittenten, nach § 373 Abs. 2, zu schreiten. Lehmann II, S. 225.

5) Das neue Recht weicht nicht unwesentlich von dem alten Recht ab: ein Antrag auf Gerichtsbeschluss ist nicht mehr erforderlich; vgl. hierzu oben Anmerkung 2.

6) Und zwar gerät der Käufer, wie später noch des Näheren gezeigt werden wird, in Annahmeverzug, „wenn der Verkäufer dem Käufer das Kannossement oder den Ladeschein überschickt und der Käufer die nachher ankommende Waare

Verkaufsrecht[1] ist nicht dem technischen Selbsthülfeverkauf unterzuordnen, weil es lediglich im Interesse des Verkäufers aufgestellt ist und infolgedessen nicht gegen den Willen des Letzteren geschehen darf.[2]

Der Verkauf soll hier laut gesetzlicher Vorschrift in den Formen[3] des Selbsthülfeverkaufs vorgenommen werden.

Ähnlich verhält es sich mit dem Art. 365 und Art. 366, Abs. 1, bezw. § 388.

Es scheiden diese also aus der Betrachtung aus.

In allen oben aufgezählten Fällen ist auf die Vorschriften des Art. 343, bezw. § 373 verwiesen; es wird demnach hauptsächlich im Folgenden der Selbsthülfeverkauf dieses Artikels, bezw. Paragraphen zu betrachten sein, und zwar ist der Selbsthülfeverkauf in beiden wesentlich inhaltlich derselbe,[4] sodass keine gesonderte Behandlung der beiden Handelsgesetzbücher erforderlich ist.

Die in Betracht zu ziehenden gesetzlichen Vorschriften lauten

Art. 343:

„Ist der Käufer mit der Empfangnahme der „Ware im Verzuge, so kann der Verkäufer die

zurückweist, wenn dem Frachtführer oder dem Spediteur als Bevollmächtigten des Käufers das Eigentum an der Ware vom Verkäufer übertragen wird, ohne dass diese zugleich zur „Abnahme" der Waare legitimiert sind und der Käufer die Ware nachher nicht abnehmen will", Lehmann, Bd. II S. 99 unter No. 5. — Vgl. hierzu: Bd. IX S. 81, Bd. IV S. 16 ff.; RG. Bd. III S. 88.

1) Wrede Seite 12.
2) RH. Bd. XVI No. 81, Bd. XVIII No. 61.
3) Cosack H-R. Seite 199.
4) Brunner Seite 6.

„Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in „einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem „dritten niederlegen. Er ist auch befugt, nach „vorgängiger Androhung die Ware öffentlich ver- „kaufen zu lassen; er darf, wenn die Ware einen „Börsenpreis oder einen Marktpreis hat, nach „vorgängiger Androhung den Verkauf auch nicht „öffentlich durch einen Handelsmäkler oder in „Ermangelung eines solchen durch einen zu Ver- „steigerungen befugten Beamten zum laufenden „Preise bewirken. Ist die Ware dem Verderben „ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so bedarf es „der vorgängigen Androhung nicht.

„Von der Vollziehung des Verkaufs hat der „Verkäufer den Käufer, soweit es thunlich, sofort „zu benachrichtigen; bei Unterlassung ist er zum „Schadensersatze verpflichtet."

Ferner § 373:

„Ist der Käufer mit der Annahme der Ware „im Verzuge, so kann der Verkäufer die Ware „auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem „öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer „Weise hinterlegen.

„Er ist ferner befugt, nach vorgängiger An- „drohung die Ware öffentlich versteigern zu „lassen; er kann, wenn die Ware einen Börsen- „oder Marktpreis hat, nach vorgängiger An- „drohung den Verkauf auch aus freier Hand „durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich „ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur „öffentlichen Versteigerung befugte Person zum

„laufenden Preise bewirken. Ist die Ware dem „Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so „bedarf es der vorgängigen Androhung nicht; „dasselbe gilt, wenn die Androhung aus anderen „Gründen unthunlich ist.

„Der Selbsthülfeverkauf erfolgt für Rechnung „des säumigen Käufers. Der Verkäufer und der „Käufer können bei der öffentlichen Versteigerung „mitbieten. Im Falle der öffentlichen Versteigerung „hat derVerkäufer den Käufer von der Zeit und dem „Orte der Versteigerung vorher zu benachrichtigen; „von dem vollzogenen Verkaufe hat er bei jeder „Art des Verkaufs dem Käufer unverzüglich „Nachricht zu geben. Im Falle der Unterlassung „ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Die „Benachrichtigungen dürfen unterbleiben, wenn sie „unthunlich sind."

§ 2.

Bei der Bestimmung der rechtlichen Natur des handelsrechtlichen Selbsthülfeverkaufes bei Gläubigerverzug ist man geneigt aus dem Ausdruck selbst auf die rechtliche Gestaltung desselben zu schliessen. Daher ist es das nächstliegende, den Selbsthülfeverkauf zuerst als einen Akt der Selbsthülfe zu betrachten.

In dem Commentar von Puchelt-Förtsch wird das Recht des Verkäufars, die Ware für Rechnung des Käufers im Falle des Annahmeverzugs des Letzteren verkaufen zu lassen, unter Berufung auf die Protokolle[1]

1) Protokolle Band III Seite 1460.

der Kommission zur Beratung eines ADHGB. „ein Akt erlaubter Selbsthülfe“ genannt. Auch das RH.[1] und das RG.[2] bezeichnen das Selbsthülfeverkaufsrecht des Schuldners als eine „gesetzlich autorisierte Selbsthülfe“. Dagegen behauptet Wrede[3] dass der Selbsthlfeveürkauf keine Selbsthülfe im juristischen Sinne ist, obwohl „die Verkaufsselbsthülfe“, wie er zugiebt, „trotz gesetzlicher Ermächtigung stets Rechtsverschaffung durch Eigenmacht, Selbsthandeln mit Umgehung der Gerichtsgewalt bleibt.“ Denn das charakteristische Moment der gesetzlich erlaubten Selbsthülfe besteht nach Wrede darin, dass durch ihre Ausübung selbst, d. h. durch die Vornahme der Befriedigungshandlung Befriedigung erlangt werden würde, wenn dieselbe nicht schon vom Gesetz gestattet wäre.

Diese Begründung ist jedoch kaum aufrecht zu erhalten.

M. E. ist der Selbsthülfeverkauf als ein Akt der Selbsthülfe anzusehen: denn der Selbsthülfeverkauf befriedigt einen Anspruch und zwar „einen privatrechtlichen Rechtsanspruch“ (Heyer: Seite 59) auf Annahme des Kaufobjektes ohne Hülfe der Obrigkeit.

Nach Dernburg[4] ist unter Selbsthülfe zu verstehen: „Die Verwirklichung eines Rechts gegen Widerstand mittels Veranstaltungen des Berechtigten ohne Inanspruchnahme der Obrigkeit“.

Verwirklichung eines Rechts liegt, wie gezeigt ist, bei dem Selbsthülfeverkauf vor; ebenso ist keine Inan-

1) RH. Bd. XIV Seite 331.
2) RG. Bd. V Seite 96.
3) Wrede Seite 13.
4) Dernburg Pand. I § 125.

spruchnahme der Obrigkeit bei Durchführung diesess Rechtes notwendig. Der Auftrag an den Gerichtsvollzieher oder eine andere zur öffentlichen Versteigerung befugte Person, den Verkauf vorzunehmen, ist keine Inanspruchnahme der Obrigkeit. Die zum öffentlichen Verkauf Beauftragten haben sich nicht darum zu kümmern, ob die materiellen Voraussetzungen des Selbsthülfeverkaufs vorliegen.

Es bliebe noch übrig nachzuweisen, dass ein Widerstand von der nichtberechtigten Seite vorliegt. Dieser ist zwar nicht aktiv gegeben, er braucht auch nicht dem Käufer bewusst zu sein noch auf seine Fahrlässigkeit oder seinen Vorsatz zurückgeführt zu werden,[1] wohl aber ist er passiv gegeben durch das Verhalten des Käufers, dadurch, dass er zur Erfüllung des Kaufvertrages[2] nicht mitwirkt.

Diese drei Punkte berechtigen zu der Annahme, dass der Selbsthülfeverkauf ein Akt gesetzlich autorisierter Selbsthülfe ist: trotz passiven Widerstandes des Käufers[3] werden Rechte ohne Inanspruchnahme der Obrigkeit befriedigt.

§ 3.

Der Selbsthülfeverkauf charakterisiert sich, wie oben nachgewiesen ist, zunächst als ein Akt der Selbsthülfe.

1) Vgl. BGB. § 293: beim Gläubigerverzug ist kein Verschulden erforderlich Der Käufer ist nicht nur im Schuldnerverzug als Abnahmeverpflichteter sondern auch als Annahmeberechtigter im Gläubigerverzug.

Vgl. Staub, 6 u. 7. Aufl. zu § 373.

2) Rosenberg, § 7.

3) Dernburg Pand. I, Seite 289.

Die Selbsthülfe wird nun ausgeübt in der Form des Verkaufes, wie schon aus der gesetzlichen Benennung selbst hervorgeht. Es ist somit das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft: „der Kauf". Nach altem wie nach neuem Handelsrecht erfolgt der Selbsthülfeverkauf durch öffentlichen Verkauf. Der Privatverkauf ist ausgeschlossen, auch wenn durch ihn der nachweislich höchste Preis[1][2] erzielt wird, der überhaupt hätte erwartet werden können. Der öffentliche Verkauf hat den Zweck, den säumigen Käufer vor der Willkür des Verkäufers zu schützen. — Wie aus den Protokollen[3] hervorgeht, war die Kommission zur Beratung eines ADHGB. darüber einig, dass Bestimmungen getroffen werden müssten, welche das freie Schalten des Verkäufers zum Nachteil des säumigen Käufers hinderten,[4] man glaubte dies am besten durch den öffentlichen Verkauf erreichen zu können. — Der öffentliche Verkauf muss durch öffentliche Versteigerung geschehen.[5] Für die Formen der öffentlichen Versteigerung werden für das zur Zeit des ADHGB. geltende Recht die landesgesetzlichen Vorschriften beobachtet (§ 2 des Einführ.-Ges. vom 5. Juni 1869).

Nach dem neuen Handelsrecht vom 10. Mai 1897 kommen die Vorschriften zur Anwendung, die das BGB. über die öffentliche Versteigerung enthält.[6]

---

1) Anschütz-Völderndorff Bd. III, Seite 275 Anm. 15.

2) Striethorst Bd. LIV Seite 279.

3) Protokolle Seite 624, 629, 1374.

4) RH. Bd. VII Seite 406.

5) Anschütz-Völderndorff Bd. III Seite 274.

6) BGB. § 383 Abs. 3. „Die Versteigerung hat durch „einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher

Der öffentliche Verkauf ist nicht erforderlich, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, denn es heisst im Art. 343 Abs. 2: Verkäufer „darf . . . . den Verkauf auch nicht öffentlich . . . . bewirken", und im § 373 Abs. 2: Verkäufer „kann . . . . . auch aus freier Hand . . . . zum laufenden Preise den Verkauf bewirken."

Nach Art. 333 muss der „nicht öffentliche" Verkauf geschehen „durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zur Versteigerung befugten Beamten." Da die Handelsmäkler als solche nicht mehr nach dem HGB. amtlich bestellte Vermittler sind, so bedarf es nach § 373 bei Vornahme des Verkaufs eines „zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder einer zur öffentlichen Versteigerung befugten Person" dem öffentlichen wie dem nicht öffentlichen Verkauf soll in der Regel nach altem und neuem Recht eine Verkaufsandrohung vorausgehen. Die im Art. 363 und im § 373 in gleicher Weise vorgeschriebene Verkaufsandrohung ist das Erfordernis zur Gültigkeit des anderweitigen Verkaufs[1] und zwar als für Rechnung des säumigen Kontrahenten. Letzteres ist ausdrücklich im neuen Handelsgesetzbuch § 373 Abs. 3 erwähnt, während das alte Handelsgesetzbuch diese Vorschrift

---

„oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder „öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen. „(Öffentliche Versteigerung). Zeit und Ort der Versteigerung „sind unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich „bekannt zu machen."

1) RH. Bd. XII S. 285.

nicht ausdrücklich enthielt. Es galt aber nach der Auslegung des ADHGB. allgemein [1] als Regel, dass der Verkauf für Rechnung des säumigen Käufers vollzogen wurde. Der Verkauf muss also vorher angedroht werden „und nicht bloss angezeigt werden.“ [2] Der Inhalt betrifft den beabsichtigten Verkauf,[3] nicht den Termin des Verkaufs. Es ist daher im § 373 vorgeschrieben, was der Art. 343 noch nicht enthielt, dass ausserdem eine Benachrichtigung vom Termin [4] nach Zeit und Ort stattfinden soll — aber nur für den Fall der öffentlichen Versteigerung. Doch hat das Unterlassen dieser Vorschrift auf die Gültigkeit der Androhung und des nachfolgenden Verkaufs keinen Einfluss. Es kann sogar nach dem Gesetz diese Benachrichtigung ganz fehlen, wenn sie unthunlich ist. Wesentlich aber ist, dass zwischen Androhung und Verkauf ein zeitlicher Zwischenraum zu dem Zweck bleibt, damit der säumige Käufer die erforderlichen Massregeln treffen kann, um sich gegen Schaden zu schützen: um entweder die Ware noch abzunehmen oder um für einen möglichst vorteilhaften Verkauf derselben durch direktes oder indirektes Mitbieten Sorge zu tragen.

Eine Form für die Androhung ist im Art. 343, wie im § 373 nicht vorgeschrieben; auch enthält das

1) Thöl: § 268; Hahn zu Art. 343, § 9; Gareis bei Endemann II S. 619; Puchelt-Förtsch II S. 951; Makower S. 430 Anm. 13a; Staub V. Aufl. S. 866 § 19; RH. Band VII S. 407; Bd. XII S. 174; Bd. XIII S. 58; XIV S. 330; RG. V S. 96.

2) Fuchsberger 8. Lieferung S. 866.

3) RG. Bd. I No. 3.

4) Saenger S. 10 ff.

Gesetz keine ausdrückliche Vorschrift darüber, ob die Art des Verkaufs, ob öffentlich oder nichtöffentlich mit der Androhung bekannt gegeben werden muss. Nach der Praxis zur Zeit des ADHGB. wurde die Art des Verkaufes in der Regel[1] vorher angekündigt. Man kann für das HBB.[2] annehmen, dass nach Fassung des § 373 Abs. 2 der Wortlaut für die Angabe des Modus der Veräusserung spricht, da bei jeder der beiden Alternativen die vorhergegangene Androhung besonders vom Gesetz vorgeschrieben ist.

Nach dem alten und neuen Recht kann die Androhung unterbleiben, wenn die Ware dem Verderben ausgesetzt ist und Gefahr im Verzuge ist. Der § 373 setzt noch hinzu, auch wenn die Androhung „aus anderen Gründen untunlich ist." Endlich ist noch zu erwähnen, dass die vorherige Androhung des Selbsthülfeverkaufes auch dann notwendig ist, wenn der Käufer die Annahme ausdrücklich verweigert hat, denn dem Käufer soll die Gelegenheit nicht entzogen werden, diesen Entschluss wieder zu ändern oder auf den Verkauf selbst zu seinen Gunsten einwirken zu können.

Daher gebietet das Gesetz ohne Unterschied, ob der Käufer die Annahme verweigert oder Annahmeverzug anderweitig begründet wird, stets die Androhung.

1) Anschütz-Völderndorff III S. 276; Hahn II S. 274 § 10. Dagegen RG. I No. 3 u. RH. X No. 51, wo jedoch angenommen ist, wenn nur allgemeiner Verkauf angedroht, so sei darunter der öffentliche Verkauf zu verstehen, da „im Sinne des Gesetzes der öffentliche Verkauf die Regel, der nicht öffentliche Verkauf die besonders zu motivirende Ausnahme bilde."

2) Staub 6. u. 7. Aufl. S. 1263 Anm. 24 entscheidet sich für das Gegenteil.

Es ist aber nicht erforderlich, dass die Androhung erst dann erfolge, nachdem der Verkäufer in Verzug geraten ist. Es kann eine Verbindung der Verkaufsandrohung mit dem Anerbieten der Ware stattfinden in der Weise, dass der Verkäufer erklärt, er drohe für den Fall, dass der Käufer die Ware nicht annimmt, den Verkauf an.

Es wird also der Akt der Selbsthülfe durch einen streng an gesetzliche Vorschriften gebundenenen Verkauf ausgeübt.

§ 4.

Im ersten Teil der Abhandlung ist die rechtliche Natur des Selbsthülfeverkaufs bei Gläubigerverzug aus dem Ausdruck, mit welchem das Gesetz selbst diesen Vorgang bezeichnet, erklärt worden. Hiermit ist aber die juristische Natur des Instituts noch nicht erschöpfend behandelt. Es wird in der folgenden Darstellung zu erörtern sein, welche Stellung im Rechtssystem der Selbsthülfeverkauf bei Gläubigerverzug ausser auf Grund der Eigenschaften einnimmt, welche sich aus der gesetzlichen Bezeichnung ergeben, insbesondere welche Rechtsbeziehungen sich zwischen dem säumigen Käufer als Gläubiger einerseits, [1]) also infolge Gläubigerverzuges und dem Verkäufer andererseits ergeben.

Es scheint demnach zunächst geeignet, die Stellung des Selbshülfeverkaufs im Rechtssystem als „Folge des Gläubigerverzuges" zum Gegenstand der folgenden Darstellung zu machen und dieselbe aus den Voraus-

1) Vgl. oben Seite 16.

setzungen des Selbsthülfeverkaufs bei Gläubigerverzug zu erklären.

Voraussetzung des Selbsthülfeverkaufs ist, dass der Käufer mit der Empfangnahme (nach Art. 343 des ADHGB.) bezw. mit der Annahme (nach § 373 des HGB.) im Verzuge ist.

Von grosser Wichtigkeit ist festzustellen, was der Art. 343 unter „Empfangnahme", der § 373 unter „Annahme" versteht.

Um die Bedeutung dieser beiden Ausdrücke völlig erklären zu können, ist es notwendig kurz darauf zurück zu kommen, in welchem Zusammenhang das Gesetz sich dieser Ausdrücke bedient. Es würde zu weit führen, wollte man alle Gesetzesstellen anführen, bei denen sich diese Ausdrücke finden. In dieser Darstellung sollen vielmehr „Empfangnahme" und „Annahme" als eine Pflicht, die dem Käufer als Gläubiger obliegt, einer Erörterung unterzogen werden. Es scheiden daher alle anderen Fälle aus. Es beschränkt sich die folgende Darstellung auf die im § 1 dieser Abhandlung erwähnten Fälle des Selbsthülfeverkaufs[1] bei Gläubigerverzug.

Um die Bedeutung der beiden Ausdrücke „Empfang nahme" und „Annahme" in vollem Umfange würdigen zu können, muss auch kurz auf die Bedeutung des Ausdruckes „**Ab**nahme" eingegangen werden, zumal „Annahme" und „Abnahme" allzu häufig verwechselt und ohne Unterscheidung gebraucht werden.

Somit sind zunächst die folgenden drei Fragen zu lösen:

1) Vgl. oben S. 16 u. 17.

1. was heisst „Annahme“?
2. was heisst „Abnahme“?
3. was heisst „Empfangnahme“?

Der Sprachgebrauch dieser drei Begriffe ist ein durchaus schwankender.

Bereits die Entstehungsgeschichte des ADHGB. weist eine grosse Zahl von einander abweichender Definationen dieser drei Ausdrücke auf. Der festgesetzte Gesetzestext hat, wie die nachfolgende Judicatur zeigt, keine entscheidende Stellung in dieser Frage eingenommen. Ja selbst der Text unserer modernen Gesetzbücher, des BGB. und des HGB., schwankt in dem Gebrauch dieser Begriffe, ohne sie einheitlich zu verwenden.

In folgender Darstellung werden in Kürze die hauptsächlichen in der Judicatur und Litteratur vorkommenden Erklärungen dieser drei Begriffe angeführt werden.

In den Materialen zum ADHGB., insbesondere in der Entstehungsgeschichte des Art. 346 finden sich weitgehende Auseinandersetzungen über die Bedeutung und den Gebrauch der Begriffe: Annahme, Abnahme und Empfangnahme.

Der dem Art. 346 des ADHGB. korrespondierende Art. 263 des preussischen Entwurfes[1] lautete folgendermassen:

„Der Käufer ist verpflichtet, die Ware abzu-
„nehmen, sofern sie vertragsmässig beschaffen
„und fehlerfrei ist.

1) Protokolle, Beilagenband 1 S. 48.

„Die Abnahme muss sofort geschehen, wenn u. s. f.“

Die Motive zu diesem Artikel des Entwurfs beginnen mit den Worten: „Die Bestimmung in Betreff „der Zeit, zu welcher der Käufer die Waren abzu„nehmen hat, enthält eine Anwendung u. s. f.“ und besprechen dann die Bestimmungen des Art. 340 des württembergischen Entwurfs und des Art. 372 des spanischen Handelsgetzbuches,[1] welche beide von der Verpflichtung der Kontrahenten zur Übergabe bezw. Übernahme der Waren handeln und schliessen mit folgender Bemerkung:

„Dass der Käufer berechtigt ist, die **An„nahme** der Ware zu verweigern, wenn dieselbe „nicht vertragsmässig beschaffen u. s. f.“

Hierzu vergleiche man folgenden Satz aus der Beratung der ersten Lesung des ADHGB.:[2]

Von einer andern Seite wurde endlich statt „abzunehmen“ und statt „Abnahme“ „Empfangnahme“ zu setzen beantragt, weil mit den neu vorgeschlagenen Ausdrücken: die Empfangnahme, d. i. die Entgegennahme der Tradition richtiger bezeichnet werde, auf welche es hier doch anzukommen habe, während es auf die Abnahme, also das Hinwegholen derselben hier kaum ankommen könne.“

Aus dieser Verschiedenheit der Auffassung dieser genannten Begriffe in den vielen Entwürfen und den vorgenommenen Verbesserungen des Gesetzestextes[3]

1) Hanausek I, S. 250.

2) Protokolle S. 642, zum Art. 263 des I. Entwurfs.

3) Zur Abstimmung über die Änderung dieser Ausdrücke vergleiche Protokolle S. 642.

geht hervor, dass man damals bemüht war, einen Unterschied zwischen „Abnahme“ und „Empfangnahme“ zu machen.

M. E. hat so unterschieden werden sollen:

„Abnahme“ bedeutet nur das thatsächliche Ansichnehmen, das „Hinwegholen“, wie die Protokolle a. a. O. sagen, während „Empfangnahme“ ein Entgegennehmen der angebotenen Leistung mit der stillschweigenden Erklärung ist, dass der Entgegennehmende seinerseits den Vertrag erfüllt.

So scheint auch Endemann[1] diese Abänderung des Gesetzestextes aufgefasst zu haben,[2] im Gegensatz zu Hanausek,[3] welcher diese Änderung nicht für glücklich hält.

1) Endemann, Handelsrecht, § 114.

2) Wie sehr die Bedeutung dieser Begriffe noch schwankte, zeigt die verschiedene Auffassung der Art. 347—349 des ADHGB. Aus den Einführungsgesetzen zum ADHGB. für die einzelnen Staaten geht dies hervor: vgl. Einführungsgesetz für Hannover, Mecklenburg, Oldenburg, Hamburg, Bremen u. A.; Protokolle Beilagenband III.

Sehr interessant ist die deutliche, jedem Zweifel über die Bedeutung dieser Worte ausschliessende Bestimmung der Einführungsverordnung für Holstein und Schleswig § 54: (im Anschluss an das Einführungsgesetz für Hamburg):

„Bei den in der Stadt Altona unter Kaufleuten geschlossenen Platzgeschäften wird durch den Empfang der Ware, soweit nicht ein Anderes bedungen ist, jede Einwendung gegen die Beschaffenheit der Waren ausgeschlossen.“

Diese angeführte Bestimmung geht also dahin, dass der vorbehaltlose Empfang der gelieferten Ware als Verzicht auf jede Beanstandung der Beschaffenheit der Ware gilt. (Vgl. RH. Bd. XV S. 134 fg.) Die Bestimmungen der andern Einführungsgesetze dagegen schliessen jede Vermutung aus, dass die „Abnahme“ an sich eine Billigung enthalte. (Vergl. Hahn II zu Art. 347.)

3) Hanansch I § 29.

Hanausek ist in dem Gebrauch der Begriffe „Empfangnahme“ und „Abnahme“ durchaus unbestimmt. In einem späteren Abschnitt[1] seiner Abhandlung spricht er noch eingehender über diese Begriffe, indem er auch den Begriff „Annahme“ zur Untersuchung heranzieht. Er kommt in seiner Darlegung zu dem Resultat:

> „Die **Annahme** (**Abnahme**) der Ware an
> „und für sich enthält nicht eine Anerkennung ihrer
> „Empfangbarkeit.“[2]

Auch dem Begriff „Empfangnahme“ will Hanausek keine andere Bedeutung beilegen, als dem der Annahme, bezw. Abnahme. Insbesondere warnt Hanausek davor, den Begriff „Empfangnahme“ und „merkantilischer Empfang“[3] für gleichbedeutend zu halten. Hanausek erklärt demnach alle drei Begriffe für gleichbedeutend und zwar für das rein thatsächliche Entgegennehmen.

Andere diesen entgegenstehende Ansichten finden sich häufig in der einschlägigen Litteratur und Spruchpraxis:[4]

---

1) Hanansch II § 48.

2) Hanansch II S. 291.

3) Der sogenannte „mercantilische Empfang“ ist ein particularrechtliches Institut, welches durch den § 43 des Einführungsgesetzes für Hamburg Geltung behalten hat. Es bedeutet die weitgehendste Pflicht des Käufers, als Empfänger der Waren dieselbe auf ihre Empfangbarkeit zu prüfen.

4) Seuffert's Archiv Bd. VII No. 295; IX No. 88; XIX No. 132; XXIII No. 125; XXVII No. 217, No. 218; XXXII No. 217.

Busch's Archiv Bd. IX S. 201; XII S. 14; XXXI S. 368; XXXIX S. 54 fg.

RH. Bd. I S. 167; IV S. 341; VI S. 104 u. 338; XI S. 56 und 367; XIII S. 266.

Windscheid sieht in der Annahme der Leistung einen Akt der Anerkennung[1] derselben als Erfüllung; wer die Leistung annehme, erkläre, dieselbe sei Erfüllung und müsse daher „das Gewicht des in jener Erklärung liegenden Zeugnisses gegen sich selbst — durch Gegenbeweis aus dem Wege räumen.“[2]

Hölder[3] erblickt in der Annahme der Waren seitens des Käufers einen Solutionsvertrag.

Bähr[4] stellt die weitergehende Behauptung auf: „In der Annahme einer jeden Leistung aus einem Vertrage bestätigt sich die Anerkennung, dass diese Leistung ihrer Beschaffenheit nach dem Vertrage entspreche,“ der Annehmende widerspreche sich selbst, wenn er später geltend macht, er habe nicht das Angenommene, sondern etwas Anderes und Besseres zu fordern.“

Goldschmidt versagt dem Käufer überhaupt das Recht,[5] den Vertrag für nicht erfüllt zu erkennen, wenn sich erst nach der Annahme die Vertragswidrigkeit herausstellt.

—

Vergleiche ferner ausser den in obiger Darstellung Angeführten:

Thöl I §§ 278; 280.

Römer, Festschrift zur vierten Säkularfeier der Universiät Tübingen. S. 40 fg.

Bruck. Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes (Berlin 1874), S. 88 fg.

André, die Einrede des nichterfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht, Leipzig 1890 Seite 72 fg.; 76 fg.; 171 fg.

1) Windscheid-Kipp II § 321.

2) a. a. O. Anm. 6.

3) GZ. Bd. XX S. 647.

4) Bähr 2. Aufl. S. 192.

5) GZ. Bd. XIX S. 116. (Goldschmidt.)

Insbesondere versteht der kaufmännische Sprachgebrauch unter Annahme einer Ware die Billigung derselben,[1] ohne dass es für den Käufer erforderlich wäre, eine diesbezügliche Erklärung ausdrücklich bei Entgegennahme der Waren abzugeben. In dieser Bedeutung wird für „Annahme" vielfach von Kaufleuten der Ausdruck „Empfangnahme" angewandt.[2]

Und gerade diesem Sprachgebrauch folgt auch m. E. das ADHGB., indem es den Ausdruck „Empfangnahme" in der technischen Bedeutung des eben erwähnten kaufmännischen Sprachgebrauchs anwendet: und zwar als die Anerkennung der richtigen Zuzählung, Zuwägung oder Zumessung der Ware, nicht aber als die blosse Entgegennahme der Ablieferung.[3] [4]

Die Auslegung unserer modernen Gesetzestexte und die Spruchpraxis seit Geltung des BGB. und dessen Nebengesetzen weist bereits eine grosse Zahl von Versuchen auf, die drei Begriffe Annahme, Abnahme und Empfangnahme einheitlich zu erklären, um ihre Bedeutung festzulegen.

Die erzielten Resultate sind aber so mannigfach, dass nicht von einer allgemein anerkannten Bedeutung dieser Begriffe gesprochen werden kann.

1) Vgl. Thöl, § 269 Anm. 2.
Seuffert's Arch. Bd. XV No. 213; VII No. 303.
RH. Bd. I S. 126; IV S. 185; VI S. 220; XIII S. 266.
RG. Bd. III S. 89.

2) GZ. Bd. XXV Seite 282 fg.

3) Protokolle S. 642, 648, 653, 1384.

4) Ebenso: Endemann, Handelsrecht § 114; Brinckmann § 74; Gareis, Stell. z. Disp. § 32; RH. Bd. IV S. 17, Bd. XI S. 367.

Anderer Meinung: Hanausek II § 48; Thöl §§ 277, 280; Gareis bei Endemann § 271; Lehmann „Abnahme", S. 492.

Das BGB. hat nur mit dem Worte **„annehmen"** einen bestimmten Begriff verbunden,[1] welchen man so definiren kann:

„Annahme" bedeutet das thatsächliche Ansichnehmen der Leistung, verbunden mit einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Gläubigers, dass er die angebotene Leistung in Erfüllung des Vertrages entgegennehmen und seine Verfügungsgewalt ausübe.[2] [3]

Diese Definition würde wohl für die Auslegung des Gesetzestextes allgemein entscheidend sein, wenn nicht im BGB. das Wort „Abnehmen" im doppelten Sinne gebraucht würde. Und zwar bedeutet nach dem BGB. **„Abnahme"** — einerseits — nur das thatsächliche Ansichnehmen der Leistung,[4] [5] „der der Ablieferung von Seiten des Verkäufers entsprechende Akt der Entgegennahme auf Seite des Käufers;[6] anderseits hat „**Ab**nehmen"[7] nach dem BGB. dieselbe Bedeutung wie „**An**nehmen".

1) Das BGB. verwendet das Wort „annehmen" bezw. „Annahme" in den §§ 283, 326; 293, 295, 298, 299, 300, 372; 363; 464, 539.

2) Vgl. Rosenberg S. 254; Matthias Bd. I § 81; Planck, zu § 363; Schollmeyer, Note 2 zu § 363.

3) Wachsner S. 3: Der Begriff „Annahme" umfasst das ganze mannigfache Gebiet der Mitwirkung des Gläubigers an der Erfüllung der Obligation.

4) Gareis bei Endemann II, S. 659; RH. Bd. VII S. 359.

5) Lehmann II, S. 99 unter No. 5.

5) Lehmann „Abnahme", S. 493.

7) Rosenberg S. 247: „Abnahme bedeutet nur die blosse körperliche Wegnahme aus dem Gewahrsame des Verkäufers."

Dies wird durch folgende Gegenüberstellung klar:

Der § 640 Abs. 2 bestimmt, — bis auf das Wort „abnehmen" wörtlich übereinstimmend mit dem § 464 — dass der Besteller, welcher ein mangelhaftes Werk abnimmt, obschon er den Mangel kennt, die ihm wegen der Mangelhaftigkeit zustehenden Rechte nur bei Vorbehalt geltend machen kann. Der Zweck beider Vorschriften in diesem Paragraphen ist der gleiche, also liegt kein Grund dafür vor, dass im § 640 Abs. 2 die „Abnahme" nicht gleichbedeutend mit „Annahme ist.[1]

Andererseits kann „Abnahme" im § 638 Abs. 1 Satz 2:

> „Die Verjährung beginnt mit „der Abnahme des Werkes."

den Sinn von Annahme nicht haben, da dann „der Besteller die Verjährung seiner Ansprüche wegen der Mängel des Werkes dadurch hinausschieben kann, dass er die Erklärung, das Werk sei vertragsmässig, nicht abgiebt."[2]

Vielmehr hat in dem letzten Paragraphen „Abnahme" die Bedeutung des rein thatsächlichen Hinnehmens. Dieses ergiebt sich aus dem § 477 des BGB., nach welchem die gleichen Ansprüche des Käufers von der „Ablieferung" an verjähren,

„Ablieferung" ist aber, wie oben gesagt ist, der der Abnahme von Seiten des Käufers entsprechende

1) Ebenso: Laband S. 308 ff.; Rosenberg § 12; Planck, zu § 640 Note 1; Oertmann, zu § 640 Note 1; vergleiche hierzu E I § 572; Motive Bd. II S. 490; Zusammenstellung Bd. VI S. 317.

Anderer Ansicht sind: Dernburg, bürgerl. R. Bd. II, S. 432; Cosack, bürgerl. R. Bd. I, § 148 I 3.

2) Rosenberg, § 12.

Akt der Übergabe auf Seite des Verkäufers. Endlich kann im § 448 des BGB., welcher die Kosten der „Abnahme" der Sache dem Käufer zur Last legt, „Abnahme" weiter nichts bedeuten, als den Akt der thatsächlichen körperlichen Hinwegnahme.

Hieraus scheint hinreichend gezeigt zu sein, dass das BGB. keinen einheitlichen Begriff der „Abnahme" hat, wenn es auch der Wille der Kommission für die zweite Lesung eines Entwurfes zum bürgerlichen Gesetzbuch gewesen ist,[1] den Ausdruck „abnehmen" stets in demselben Sinne zu gebrauchen.

Die bisherige Begriffsbestimmung hat die Unterschiede zwischen „Annahme" und „Abnahme" klar hervortreten lassen; man kann daher nicht sagen, dass „annehmen" und „abnehmen" derselbe Rechtsakt sind,[2] und dass die Abnahmepflicht und die Annahmepflicht in ihrem Wesen, in ihrer äusseren Erscheinung gleich sind.[3]

Es ist daher auch nicht richtig, wenn Staub[4] behauptet, Abnahmeverzug sei schuldhafter „Annahmeverzug". Es ist vielmehr wohl zu beachten, dass begrifflich der Annahmeverzug[5] und der Abnahmeverzug durch verschiedene Momente begründet werden.[6]

Der Annahmeverzug setzt Nichtannahme der angebotenen Leistung voraus, der Abnahmeverzug dagegen „das schuldhafte Unterlassen der Abnahme."[7]

1) Planck, zu § 640 Note 1a.
2) Staub, 6. u. 7. Aufl. § 375 Anm. 2.
3) a. a. O. § 373 Anm. 1; Romeick S. 65 fg.
4) Staub, 6. u. 7. Aufl. § 375 Anm. 2.
5) Lehmann, § 373 No. 5.
6) Laband S. 3,4: „Abnahme und Annahme bezeichnen — ganz denselben Vorgang, nämlich die Fortbewegung oder den Übergang der Sache vom Verkäufer zum Käufer."
7) Rosenberg, § 12.

„Es ist daher auch möglich, dass der Käufer in Annahmeverzug gerät ohne in Abnahmeverzug zu geraten und umgekehrt.“[1]

Der Käufer gerät in Abnahmeverzug, ohne dass er in Annahmeverzug gerät, wenn z. B. der Käufer[2] erklärt, er billige die Ware als vertragsmässige und erkenne an, dass das Schuldverhältnis[3] beendigt sei, verzichte aber auf die Ware und weigere sich, dieselbe abzunehmen, so ist der Zweck des Angebotes, nämlich das Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen, erreicht. Die Voraussetzung des Annahmeverzuges ist also nicht vorhanden. Der Verkäufer kann daher in diesem Falle nur seine Rechte aus dem Abnahmeverzug geltend machen: d. h. nur aus dem Leistungsverzug, nicht aber aus dem Annahmeverzug, d. h. aus dem Gläubigerverzug.

Es sei also nochmals hervorgehoben, dass die Pflicht zur Abnahme keine Gläubigerverpflichtung ist in der Weise, wie die Pflicht zur Annahme.[4]

Somit scheiden Abnahmepflicht und die etwaigen Folgen des Abnahmeverzuges aus dieser Betrachtung aus.

Endlich der Begriff **„Empfangnahme“**.

Dieser deckt sich nach der Auslegung des Art. 343 des ADHGB. weder völlig mit

1) Vgl. hierzu unten Seite 42 Fall 4; anders Lehmann „Abnahme“, S. 493.

2) Cosack bürg. R. §. 130 VI 3.

3) Dernburg bürg. R. II § 74.

4) Ebenso Rosenberg § 12, Fleck in seinem Aufsatz: „Verzugslehre und Entwurf eines HGB. Archiv f. bürg. R. Bd. XII.

Anders Kohler in seiner Abhandlung: „Der Gläubigerverzug,“ Archiv f. bürg. R. Bd. XIII.

Romeick S. 56; f. S. 110 No. 6.

dem Begriff der „Annahme", noch mit dem der „Abnahme". Vielmehr nimmt m. E., der Begriff „Empfangnahme" als solcher eine Mittelstellung ein. Es ist in diesem Begriff nämlich die Mitwirkung des Gläubigers an der Erfüllung des Vertrages nicht in dem Maasse zum Ausdruck gebracht, wie in dem Begriff „Annahme"; es genügt aber andererseits dass blosse körperliche Ansichnehmen der Leistung seitens des Gläubigers, wie dies im Begriff „Abnahme" steckt, nicht zur völligen Deutung des Begriffes Empfangnahme.

Es lehnt sich also der Begriff **„Empfangnahme"** eng an den Begriff „Annahme" an, ohne sich aber mit diesem zu decken.

Daher ist es wohl auch kaum anzunehmen, das der Gesetzgeber mit der Änderung des Wortes „Empfangnahme" des Art. 343 des ADHGB. in den Ausdruck „Annahme" des § 373 des HGB. eine Änderung des Begriffes hat vornehmen wollen.[1] Es haben sich aber manche bemüht, die Änderung in dem Gesetzestext zu rechtfertigen, ohne zu einem klaren Resultate zu gelangen.[2]

Wenn wir überhaupt auf diese Änderung des Ausdruckes Gewicht legen wollen, was — wie oben schon angedeutet wurde — m. E. nicht erforderlich ist, so wären die beiden Ausdrücke „Empfangnahme" und

1) Denkschrift S. 215.

2) Jurist. Zeitschr. 1899 S. 233 (Huch). Archiv f. bürg. R. Bd. XII Aufsatz von Dr. Fleck.

„Annahme“ nur so zu deuten, wie oben bereits geschehen ist, dass nämlich „Annahme“ im weiteren Sinne gebraucht wird, während „Emgfangnahme“ nicht den weitesten Begriff der Mitwirkung des Gläubigers an der Erfüllung des Vertrages darstellt.

Diesen Unterschied scheint auch das RG.[1] machen zu wollen, indem es ausdrücklich hervorhebt: „Art. 343 des ADHGB. hat mit der Annahme der Ware als Erfüllung, also deren Billigung, nichts zu thun, sondern mit der Empfangnahme als dem Akt, der die abgelieferte Ware vom Verkäufer entgegennimmt, denselben von der Verpflichtung zur Aufbewahrung befreit und dem Käufer nach Art 348[2] des ADHGB. zur Sorge um die einstweilige Aufbewahrung verpflichtet.“

Damit widerspricht das RG.[3] seinen früheren Entscheidungen, in denen es gerade eine entgegengesetzte Definition aufgestellt hat, nämlich unter „Empfangnahme“ sei zu verstehen, die Erklärung des Käufers, dass er die Übergabe der Ware als Erfüllung des Vertrages anerkenne.

Das RH.[4] bezeichnet die Empfangnahme als „die dem Käufer obliegende Hinwegnahme“ als den „Übergang der Ware aus der Verfügung des Verkäufers in die des Käufers“[5] und legt Gewicht darauf, dass „der

1) R. G. Bd. XLIII S. 44 ff. ebenso R. H. Bd. VII S. 356, 358.

2) Art. 348 Abs. 1 des ADHGB. lautet: „Wenn der Käufer die von einem anderen Orte übersendete Ware beanstandet, so ist er verpflichtet, für die einstweilige Aufbewahrung derselben zu sorgen.“

3) R. G. Bd. III S. 89 Bd. XXX S. 117.

4) Hirsch S. 7, R. H. Bd. VII S. 359.

5) R. H. Bd. XXI. S. 260.

Empfänger oder sein Stellvertreter in den Stand gesetzt ist, die Ware und ihre Empfangbarkeit" zu prüfen.[1]

Daraus geht hervor, dass das RH. unter Empfangnahme sowohl den weiteren als den engeren Begriff in dem von mir oben aufgestellten Sinne versteht. Auch Staub[2] erklärt diese Unterscheidung für sehr zweifelhaft.

M. E. sind diese beiden Ausdrücke im juristischen Sinne als Synonyma zu behandeln, indem man sich auf die Denkschrift[3] beruft und sich an die Terminologie des BGB.[4] anschliesst, wo der Gesetzgeber sicherlich die frühere Auffassung des RG. vor Augen gehabt hat.[5]

Es ist somit unter „Empfangnahme" und „Annahme" im wesentlichen das „thatsächliche Ansichnehmen der Ware durch den Käufer"[6] zu verstehen, verbunden mit dem Moment, dass der Empfänger resp. sein Stellvertreter „zugleich imstande ist, die Ware und deren Empfangbarkeit" zu prüfen.[7] — (Daher wird in der folgenden Darstellung unter „Annahme" sowohl die „Empfangsnahme" des Art. 343 des ADHGB. als auch die „Annahme" des § 373 des HGB. zu verstehen sein.

Es gerät der Käufer mit der Annahme in Verzug in folgenden Fällen:[8]

1) R. H. Bd. IV S. 17.
2) Staub 6. u. 7. Aufl. 1259.
3) Denkschrift zu § 373 Materialien S. 104.
4) BGB. § 293: „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt."
5) Vgl. Jurist. Zeitschr. 1899 S. 233 (Huch).
6) Hahn Bd. II S. 267.
7) Fuchsberger S. 857.
8) Es seien hier nur die hauptsächlichen Fälle genannt. Eine erschöpfende Aufzählung würde an dieser Stelle zu weit führen.

1. Hat der Verkäufer die Ware dem Käufer zu übergeben, so gerät der Käufer mit der Annahme in Verzug, wenn er die Ware nicht rechtzeitig zu eigener Verfügung übernimmt.[1]

2. Hat der Käufer die Ware vom Verkäufer abzuholen, so kommt der Käufer in Annahmeverzug, wenn er dieser Abholungspflicht nicht rechtzeitig genügt.

3. Hat der Verkäufer dem Käufer die Waren zu übersenden (an einen anderen Ort), so kommt der Käufer in Annahmeverzug, wenn er die Ware, welche ihm am Bestimmungsorte zur Ablieferung angeboten[2] ist, von dem Verkäufer oder der Transportperson nicht annimmt oder bereits vor der Ankunft[3] der Ware an dem Bestimmungsorte dieselbe, welche schon abgesandt ist, anzunehmen sich weigert.[4]

4. Hat der Käufer die ihm vom Verkäufer angebotene und übersandte Ware (Distanzgeschäft) abgenommen, lehnt er aber die Annahme ab, kann man nun auch hier sagen, der Käufer gerät in Annahmeverzug

---

1) Staub 6. u. 7. Aufl. zu 373 Anm. 1.

2) Vgl. hierzu die bei Hanausek I S. 248 fg. angeführte Kontroverse über die Anwendbarkeit des Art. 347 des ADHGB.

3) Seuffert's Archiv Bd. XXX No. 261.

4) Anderer Meinung ist das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 15. Februar 1902. RG. Bd. 50 S. 208 fg.

d. h. er hat die Ware zwar abgenommen, er genehmigt aber die Ware nicht, er will sie aus irgend einem Grunde nicht behalten? Der Käufer hat in diesem Falle nur die Ware abgenommen, um der Verpflichtung aus dem Art. 348 Abs. 1 des ADHGB. bezw. § 379 des HGB. zu genügen oder um an der Ware ein Deckungsobjekt für etwa vorausbezahlte Transportkosten oder den vorher ausgelegten Kaufpreis zu haben oder aus anderen Gründen. Er gerät wohl in Annahmeverzug, denn er bewirkt keineswegs durch die blosse Abnahme der Ware den Erwerb des Eigentums.

Derartige Fälle kommen beim Distanzkauf vor, wenn der Verkäufer dem Käufer das Kanossement oder den Ladeschein[1] überschickt und der Käufer die nachher ankommende Ware zurückweist.[2]

5. Ein weiterer Fall des Annahmeverzugs liegt vor, wenn der Käufer zugleich mit der Annahme der Ware erklärt,[3] er nehme zwar die Ware in Gewahrsam, billige sie aber nicht und lasse sie auf Gefahr und Kosten des Verkäufers bei sich lagern.

In diesem Falle ist die Verfügungsgewalt des Verkäufers[4] noch nicht auf den Käufer über-

1) Vgl. hierzu oben S. 17, Anm. 5.

2) Ebenso Hanausek I S. 115 fg. R. H. Bd. IX S. 81. R. G. Bd. III S. 88. Anders Goldschmidt, S. 114 fg. u. 118.

3) Lehmann II S. 100 unter No. 7.

4) Bolze Bd. V. No. 652.

gegangen;[1] daher ist ein Annahmeverzug hier begründet.[2]

6. „Ja es kann die Ware sogar noch beim Vormann sein", sagt Lehmann;[3] es gerät auch dann der Käufer in Annahmeverzug, obwohl der Verkäufer die Ware von seinem Vormann noch garnicht realiter empfangen hatte,[4] vorausgesetzt dass der Verkäufer dem Käufer ein wörtliches Angebot der Ware gemacht hat.[5]
7. Auch im folgenden Falle liegt ein Verzug der Annahme vor: wenn der Käufer zwar die Ware abgenommen und sie untersucht hat; wenn er aber dann aus irgend einem Grunde die Ware nicht behalten will, sondern sie bei einem dritten niederlegt. Es ist allerdings bestritten, ob hier Annahmeverzug vorliegt. Das RG.[6] hat entschieden, dass durch die Dispositionsstellung der Käufer nicht in Verzug der Annahme geraten sei, gleichviel ob die Ware bereits faktisch in seinen Besitz übergegangen sei oder nicht.

1) Rosenberg, S. 197, 198.

2) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. XXXV S. 340, anders Jurist. Wochenschrift 1899 S. 101, dagegen Harnier u. Huch in Jurist. Zeit. 1899, S. 110, 194, 233 endlich Staub, 6. u. 7. Aufl. § 373 Anm. 4.

3) Lehmann II S. 100 unter No. 7.

4) R. H. Bd. XXI S. 73, Bd. XXII S. 7, R. G. Bd. XXIX S. 65, Bd. XXXIV S. 99, Seuffert's Archiv Bd. XL No. 222.

5) Duringer-Hachenburg, Bd. II S. 131: „mit der Thatsache allein, dass die verkaufte Sache nicht bereitstand, kann der Gläubiger das Unterlassen des Abholens nicht begründen."

6) R. G. Bd. 43 S. 44.

Dieser Ansicht hat sich Staub früher angeschlossen,[1] während er in der letzten Auflage seines Komentars ausführt:

„Zwar hat der Käufer in solchem Falle die Ware zunächst angenommen, er hat aber seiner Annahmepflicht nicht voll genügt, nicht in dem Sinne des Gesetzes.[2] Denn die Pflicht, die Ware anzunehmen, ist dahin zu deuten, dass er sie endgültig annimmt, nicht bloss vorläufig, vorübergehend, um sie zu untersuchen und zu prüfen: er muss sie also auch behalten wollen, sonst wird der Verkäufer von der Sorge um die Aufbewahrung doch nicht frei, und die Möglichkeit sich dieser Sorge zu entledigen, muss ihm gewährt werden."

Diesen Ausführungen ist im allgemeinen beizupflichten, jedoch liegt m. E. nicht in jedem Falle der nachfolgenden Dispositionsstellung der Ware der Annahmeverzug vor, sondern es kommt darauf an, was der Käufer bei der Abnahme der Ware erklärt. Hat er den Willen, die Ware nur unter der Bedingung zu behalten, dass sie die vorausgesetzten Eigenschaften hat, so gerät er allerdings in Verzug der Annahme, wenn er nach Prüfung der Ware dieselbe bei einem dritten hinterlegt. In diesem Falle überlässt er durch die Hinterlegung die Ware gänzlich der Verfügungsgewalt des Verkäufers; er selbst verliert das Recht an der Ware durch Hinterlegungshandlung.[3]

---

1) Staub verneint in der 5. Aufl. S. 859 diese Frage und führt die Entscheidung. R. H. Bd. VII S. 358 auf, dagegen Staub 6. u. 7. Aufl. S. 1258.

2) Vgl. Lehman II S. 99.

3) Vgl. hierzu Hanansch II S. 292. Hahn II § 17. Endemann Handelsrecht § 114.

Nimmt der Käufer andererseits die Ware bedingungslos an und hinterlegt sie dann aus irgend einem Grunde bei einem dritten, so ist er m. E. nicht in Annahmeverzug geraten; denn er hat die Ware zunächst faktisch angenommen und hat vorbehaltlos über die Ware verfügt.

M. E. unterliegt diese nachträgliche Dispositionsstellung der empfangenen Ware den Normen über die einstweilige Aufbewahrungspflicht nach Art. 348 (bezw. § 379.)

Von einem Annahmeverzug kann in diesem Falle[1] nicht gesprochen werden.

8. Ist die Ware vom Verkäufer dem Käufer nur durch Willenserklärung, aber nicht thatsächlich tradiert, so wird nach altem Recht angenommen, dass der Käufer in Annahmeverzug geraten kann.

   Diese Ansicht vertritt Hahn in seinem Kommentar (2. Aufl,) und stützt seine Behauptungen auf Entscheidungen des ROHG.[2]

Nach neuem Recht gehört dieser Fall garnicht hierher;[3] denn der aut Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses Eigentümer gewordene Käufer belässt die Ware in dem Besitz des Verkäufers, etwa als Verwahrer, Mieter, Entleiher, oder auf Grund des constitutum possesserium,[4] während der Käufer, Hinterleger Verleiher, Vermieter u. s. w. wird.

---

1) Vgl. Jurist. Zeit. 1899 Seite 110 u. 194 (Harnier), Seite 233 (Huch).

2) RH. Bd. IV. Seite 16; Bd. IX. Seite 81.; Seuffert's Archiv Bd. XXXV No. 237.

3) Lehmann II. Seite 99 No. 6.

4) BGB. § 930.

„Wenn der Käufer sich nunmehr weigert,[1] dem Verkäufer die Ware abzunehmen, so muss der Verkäufer auf Grund des besonderen Rechtsverhältnisses vorgehen." „Die Zurückweisung", sagt Lehmann[2] geschieht dann nachträglich vom Hinterleger, Vermieter, Verwahrer u. s. w."

Ein Annahmeverzug liegt deshalb nicht vor; es ist ja auch der Akt der „faktischen Hinwegnahme (Fortschaffung) der Ware nicht vollzogen".[3] Bei einem Rechtsverhältnis, wie das constitutum possessorium und die anderen oben Erwähnten, hat der Käufer niemals die Ware faktisch hinweggenommen, sondern lediglich durch Willenserklärung die Detention dem Verkäufer bestätigt.

9. Endlich sei noch folgender Fall erwähnt: Wenn der Käufer im Voraus vor dem wörtlichen Angebot der Ware seitens des Verkäufers eine Erklärung abgiebt, aus welcher mit Bestimmtheit hervorgeht, dass der Käufer die thatsächlich angebotene Ware nicht annehmen würde, so gerät er schon durch die vorherige Erklärung in Annahmeverzug;[4] es bedarf eines thatsächlichen Angebotes nicht mehr.[5]

Auf Grund der bisherigen Untersuchung kommen wir zu dem Ergebnis, dass der Annahmeverzug, welcher

1) Staub 6. u. 7. Aufl. § 373 Anm. 2.
2) Lehmann II Seite 100 (oben).
3) Fuchsberger Seite 857.
4) Vgl. Matthiass I § 81, II. 1.
5) Seuffert's Archiv: Bd. XXVIII No. 116, Bd. XL No. 222.

in seinen hauptsächlichen Fällen des Näheren erörtert ist, als solcher die Voraussetzung für den Rechtsbehelf ist, welchen das Gesetz mit „Selbsthülfeverkauf" bezeichnet, und welchen das Gesetz dem Schuldner neben anderen Rechtsbehelfen, wie der Hinterlegung, Preisgebung u. a. nach Eintritt des Gläubigerverzuges giebt.

Seiner rechtlichen Natur nach ist somit der Selbsthülfeverkauf als ein in der Folge des Annahmeverzuges (Gläubigerverzuges) eintretender Rechtsbehelf anzusehen.

§ 5.

Wie in der vorigen Untersuchung die Stellung des Selbsthülfeverkaufes im Rechtssystem als Verzugsfolge aus seinen Voraussetzungen erklärt wurde, erscheint es geeignet in folgender Darstellung auf den durch den Selbsthülfeverkauf zu erzielenden Erfolg einzugehen.

Der Zweck, die ratio legis, ist, dem Verkäufer durch den Selbsthülfeverkauf von der Verpflichtung zu leisten, zu befreien.

Nachdem der Verkäufer in kontraktmässigerweise dem Käufer das Obligationsobjekt zur Verfügung gestellt hat, sind zunächst die ihm obliegenden Vertragspflichten erfüllt.

Da der Käufer aber nicht den Willen zeigt, das Schuldverhältnis zu lösen, indem er das Obligationsobjekt nicht annimmt, so muss dem Verkäufer ein Mittel gegeben werden, dass die angebahnte und begonnene Vertragserfüllung zu ermöglichen geeignet ist. Dieses Mittel, das ähnlich der Hinterlegung sogar

gegen den Willen des Gläubigers zur Befreiung vom Vertrag angewandt wird, ist „der Selbsthülfeverkauf.“ Der Verkäufer erfüllt also durch den Selbsthülfeverkauf seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrage, und zwar in der Weise, dass anstatt der Erfülluug durch den Akt der Annahme seitens des Käufers, etwas anderes geschieht: nämlich der den Verkäufer befreiende Verkauf. Es ersetzt also der Selbsthülfeverkauf die in der Annahme des Kaufobjektes liegende Vertragserfüllung des dazu berechtigten Käufers, insofern ist der Selbsthülfeverkauf ein „Surrogat der Erfüllung.“ Auch Schey stellt in seiner Abhandlung über die mora creditoris die Behauptung auf, dass auf dem Gebiete des Handelskaufs die Verkaufsselbshülfe als Surrogat der Erfüllung überall da gewährt werden kann, wo die Erfüllung mangels Acceptation der Ware unmöglich ist. Schey[1] führt zur Begründung seiner Ansicht an, dass nach Art. 343 durch die öffentliche Versteigerung des Schuldgegenstandes die Möglichkeit vorhanden ist, „das Objekt zu dem wahren oder wenigstens möglichst hohen Preis loszuschlagen, und weil andererseits die Ware selbst dem Forderungsberechtigten als Objekt weiterer Verwertung in Betracht kommt.

Mit Recht stellt Schey[2] folgende zwei Sätze auf:

1. Dass der Schuldner durch nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung, wenn deren Eintritt ihm nicht zur Schuld angerechnet werden kann, frei wird;

---

1) Schey Seite 43.
2) Schey Seite 49.

2. Das die mora des Gläubigers ihn entschuldigt, wenn er sich der zu leistenden Sache entledigt, so dass die in der Folge eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung als casuelle zu betrachten ist."

Der in diesen beiden Sätzen der Anwendung des Selbsthülfeverkaufs gegebene Erfolg entspricht dem heutigen Civilrecht. Im BGB. § 275 Abs. 2 ist die Bestimmung:

„Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich."

Den obigen Ausführungen von Schey entgegnet Hirsch,[1] dass für eine beabsichtigte Tradition des Kaufobjekts als Erfüllung der Thatbestand des Selbsthülfeverkaufs nicht im geringsten einen Anhalt bietet, dass aber andererseits „überhaupt der Gesichtspunkt der Erfüllung aus einem Verfahren auszuscheiden ist, welches keineswegs geeignet ist, das Objekt dem Gläubiger auch nur einen Schritt näher zu bringen, welches vielmehr allein an Stelle des Obligationsgegenstandes ein aliud rückt, ohne das rechtliche und thatsächliche Verhältnis der Parteien zu dem Objekt irgend zu verändern." Kohler scheint derselben Ansicht zu sein, obwohl er in seiner Abhandlung[2] die Verkaufsselbsthülfe ein Erfüllungssurrogat nennt, schreibt er einige Seiten weiter Folgendes: „Mit dem Verkauf der

1) Hirsch S. 75.
2) Jahrbücher Bd. XVII S. 343 (Kohler).

Sache wird die Verbindlichkeit nicht geradezu gelöscht, sondern nur in die Verbindlichkeit verwandelt, den Erlös zu zahlen;[1] die Pflicht der Sachleistung verwandelt sich in eine Pflicht zur Geldleistung, d. h. zur Übertragung des durch den Verkauf erzielten Erlöses."[2]

Erst wenn der Erlös thatsächlich ausgezahlt wird, meint Kohler, erlischt das Obligationsverhältnis.[3]

Wie Kohler auf diese Weise die Möglichkeit eines Erfüllungssurrogats erklären will, ist nicht deutlich zu erkennen.

M. E. muss man den Verkauf und die Auszahlnng des Erlöses an den säumigen Käufer als ein Institut ansehen. Da der Käufer nicht den Willen zeigt, den Vertrag zu erfüllen, muss dem schuldlos von dem Objekt belasteten Verkäufer eine Möglichkeit gegeben werden, aus dem Obligationsnexus sich zu befreien. Das Gesetz giebt daher dem Verkäufer das Mittel des Selbsthülfeverkaufs.

In dieser Beziehung ist also der Selbsthülfeverkauf auch ein Mittel zur Herstellung eines Erfüllungssurrogats, indem er an die Stelle der Kaufsache, durch deren Leistung eigentlich zu erfüllen gewesen wäre, jetzt den durch ihn erlangten Erlös setzt.

Dies ist m. E. ein Anwendungsfall des sog. Surrogationsprinzipes: „pretum succedit in locum rei . . . ."

1) Jahrbücher Bd. XVII S. 347 (Kohler).

2) Archiv f. bürgerl. Reicht S. 239 ff.

3) Im Archiv für bürgerl. Recht spricht Kohler, in seiner Abhandlung über den Gläubigerverzug, vom Selbsthülfeverkauf ebenfals als von einem Erfüllungssurrogat, führt aber andererseits an, dass der „Schuldner erst kraft der nachfolgenden Hinterlegung des Erlöses oder einer Aufrechnung mit einer Gegenforderung befreit wird.

Dass der Verkäufer hinterher noch verpflichtet ist, den Erlös dem morosen Käufer auszuzahlen, ist nur ein Teil des Befreiungsaktes, der „Selbsthülfeverkauf" genannt wird.

Der Selbsthülfeverkauf als solcher ist also einmal ein Erfüllungssurrogat, insofern er die in der Annahme des Objektes liegende Vertragserfüllung ersetzt, dann aber auch ein Mittel zur Herstellung eines Erfüllungssurrogates, insofern er an die Stelle der zu leistenden Kaufsache den Erlös aus der öffentlichen Versteigerung setzt.

§ 6.

Der Satz des § 373 HGB: „Der Selbsthülfeverkauf erfolgt für Rechnung des säumigen Käufers," der auch für das ADHGB. (Art. 343) allgemein angenommen wurde,[1] hat endlich noch zu der Ansicht geführt, dass es sich beim Selbsthülfeverkauf um einen Verkauf handeln, bei dem eigentlich der säumige Käufer der Verkäufer sei. Es sei somit der Selbsthülfeverkauf seiner rechtlichen Natur nach entweder ein Fall der negotiorum gestio oder ein Verkauf, bei dem der Verkäufer Stellvertreter des säumigen Käufers sei.

So meint Ulrich[2] bezüglich des alten Rechts, der Schuldner handele als Geschäftsführer des Gläubigers, da er im Interesse desselben thätig würde, ohne dazu verpflichtet zu sein. Die Einmischung in fremde Angelegenheiten bestehe darin, dass der Gläubiger vor seinem Nachteil, nämlich der Dereliction seitens des Schuldners bewahrt würde. Schuldner übe auf Grund

1) Vgl. S. 25.
2) Ulrich S. 92.

seines Preisgebungsrechts das Verkaufsrecht aus, aber nur im Interesse des Gläubigers.

Derselben Ansicht, dass nämlich der Schuldner der negotiorum gestor des säumigen Gläubigers sei, sind Mommsen[1] und Kohler.[2] Mommsen spricht, a. a. O. über die Klage, die dem Schuldner auf Erstattung der Auslagen für Aufbewahrung, Erhaltung u. s. w. des geschuldeten Gegenstandes eingeräumt werden könnte, und nennt die actio negotiorum gestorum contraria, denn in der Regel macht der Schuldner die Verwendungen nur im Interesse des Gläubigers. Kohler[2] kommt in seiner Abhandlung zu dem gleichen Resultat und sieht in dem Schuldner den negotiorum gestor des Gläubigers.[3]

Diese Ansicht liesse sich vielleicht rechtfertigten solange der Aufwand zur Erhaltung des Schuldobjekts freiwillig geleistet würde und keine Pflicht für den Schuldner besteht, das Schuldobjekt zu erhalten. Mommsen[4] wiederlegt gleich im Folgenden seine Ansicht selbst, indem er ausführt, dass es vielleicht die Absicht des Gläubiger sei, „die Leistung garnicht anzunehmen, den Gegenstand der Obligation zu derelinquiren (eine Absicht, die wenigstens sehr häufig durch die Art und Weise, wie die Annahme abgelehnt wird, nicht ausgeschlossen sein wird); in diesem Falle würde also ein Interesse des Käufers nicht vorhanden

1) Mommsen Bd. III S. 267.
2) Jahrbücher Bd. XVII S. 378 (Kohler).
3) Anders: Kisch S. 133 ff. Seuffert's Archiv Bd. XI No. 139.
4) Mommsen Bd. III S. 297.

sein." Es können daher die vom Schuldner zur Erhaltung und Aufbewahrung des geschuldeten Gegenstandes vorgenommenen Handlungen nicht als eine negotiorum gestio für den Gläubiger angesehen werden.[1]

Ladeneburg[2] nennt „das Recht des Verkaufs eine konservatorische Massregel im Interesse des Käufers" nnd meint offenbar auch eine negotiorum gestio, diese Ansicht widerspricht aber dem Gesetzestext und stimmt auch nicht mit dem überein, was die Protokolle[3] über die Entstehung des Artikels 343 sagen: „Die Rücksicht auf das Interesse des Käufers habe mit dem Gegenstande des Artikels nichts gemein."

Mit Recht sagt Schey,[4] es sei geradezu unrichtig, wenn Ulrich ausführt, dass der Schuldner beim Selbsthülfeverkauf lediglich im Interesse des Gläubigers handele, ohne dazu verpflichtet zu sein.

M. E. wird vor allem durch die Ausübung des Selbsthülfeverkaufs die Wirkung erzielt, dass der Verkäufer sich von der Verwahrungspflicht des Schuldobjektes befreit. Der Verkauf geschieht also nach altem wie nach neuem Recht lediglich im Interesse des Schuldners; allerdings wird auch das Interesse

1) Mit Recht sagt Lehmann in seinem Kommentar Bd. II S. 102. . . . Denn der Selbsthülfeverkauf dient nur dazu, dem Verkäufer die Last und Verantwortung der weiteren Aufbewahrung abzunehmen, der Verkäufer ist nicht etwa kraft Gesetzes zur negotiorum gestio für den Käufer gehalten." Ebenso Matthiass Bd. 1 § 94.

2) GZ. Ladenburg „Die Börsengeschäfte" Bd. III S. 469.

3) Protokolle Bd. III S. 1460.

4) Schey S. 37.

des säumigen Gläubigers gewahrt, nämlich durch die Formvorschrift des öffentlichen Verkaufs.[1]

Bei der negotiorum gestio aber muss nach gemeinem Recht der Geschäftsführer ein fremdes Geschäft und nach BGB. § 677 „das Geschäft für einen andern besorgen. Es ist erforderlich,[2] (nach BGB.) dass der Wille für einen andern zu handeln, ernstlich bestanden und kundgegeben ist.“ Eine weitere Voraussetzung ist aber, dass „der Geschäftsführer die Geschäfte besorgt hat, ohne von dem Geschäftsherrn beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein.“[3]

Die negotiorum gestio ist also „in allen Fällen ausgeschlossen, in welchen jemand auf Grund einer ihm durch Gesetz beigelegten Befugnis handelt.[3]

Ebenso sagt Schey[4]: „von einer negotiorum gestio kann nur gesprochen werden, wo eine freiwillige Sorge für fremde Interessen vorliegt.“

Würde man aber auch davon absehen, dass der Schuldner auf Grund einer gesetzlichen Befugnis den Selbsthülfeverkauf vollzogen hat, sondern nur annehmen — was ja aber der Wirklichkeit widerspricht — dass der Schuldner freiwillig handele, so „würde er immer noch nicht dadurch das Gläubigerinteresse[5] allein wahrnehmen, sondern nur ein Mittel gebrauchen, wodurch

---

1) RH. Bd. XXI No. 50; RG. Ad. V Nr. 14.
2) Planck Bd. II S. 426.
3) Planck Bd. II S. 427.
4) Schey S. 73.
5) Theilemeier S. 35.

er neben seinem eigenen Interesse, der Befreiung, gleichzeitig auch das des Gläubigers wahrnimmt."

Es lassen sich also die Grundsätze der negotiorum gestio nicht zur Anwendung bringen.

Eine andere in der Litteratur bisher vertretene Ansicht über die Stellung des Selbsthülfeverkaufs im Rechtssystem, ist die, die sagt: „Der Verkäufer veräussert kraft der ihm zustehenden gesetzlichen Rechtsmacht, welche dahin geht, im konkreten Fall über das Eigentum seines Gläubigers zu disponieren. Diese Rechtsmacht entspricht der Rechtsmacht des Pfandgläubigers; es ist ein Recht über eines Dritten Vermögen im eigenen Interesse."[1]

Dieser Anschauung schliessen sich unter anderen Lamprecht, Hahn und Hirsch[2] an; letzterer erklärt: „Die Befugnis der Disposition über fremdes Vermögen für ein Seitenstück des Rechtes des Pfandgläubigers."

Diese Ansicht, dass eine Ähnlichkeit mit dem Rechte des Pfandgläubigers vorhanden ist, ist m. E. nicht für alle Fälle des Selbsthülfeverkaufs zutreffend. Um dies aber nachweisen zu können, muss zunächst das Recht des Pfandgläubigers zum Verkauf des Pfandes betrachtet werden.[3]

Die Befugnis des Pfandgläubigers, das Pfand zu verkaufen, wurde ursprünglich auf ein pactum de vendendo pignore zurückgeführt: Gajus Inst. II. 64.

---

1) Jahrbücher Bd. XVII S. 345 (Kohler).
2) Lamprecht S. 66; Halm Bd. II S. 375 Anm. 13; Hirsch S. 74.
3) Wachsner S. 59,

Ex diverso agnatus furiosi curator, rem furiosi alienare potest ex lege XII. tabularum item procurator . . . . . ;[1] item creditor pignus ex pactione: quamvis ejus ea res non sit: sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitores intellegitor pignus alienare, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur."

Doch diese Ansicht, dass der Pfandgläubiger kraft einer besonderen Konvention zum Pfandverkaufe ermächtigt sei, änderte sich zur Zeit der späteren klassischen Juristen dahin, dass die Ermächtigung ohne weiteres[2] als in der Verpfändung inbegriffen galt.

Doch fragte man sich, woher stammt das Recht des Pfandgläubigers, Eigentum zu übertragen, obgleich er selbst nicht Eigentümer ist. Dies Recht suchte man zurückzuführen darauf, dass der Gläubiger aus Vollmacht[3] und mit dem Willen des Schuldners[4] auf Grund des pactum de vendendo pignore veräussere.[5] Es lehrten viele, dass der Pfandgläubiger „procuratorio jure" verkaufe. Danach wäre also der Verpfänder selbst „die Person, von der die Tradition der Pfandsache ausgeht"[6] und der Pfandgläubiger handele als unmittelbarer Vertreter des Verpfänders, als „Executor seines Willens".[7]

1) Boecking ergänzt: scilicet si libera sit ejus administratio. Dernburg Pfand. II S. 109 ergänzt: rem alienam distrahere permittitur ex mandatoris voluntate.

Dem Sinn nach stimmen die Ergänzungen überein.

2) Dernburg Pand. Bd. I § 280

3) Dernburg Pand. Bd. I § 280.

4) Gajus Inst. II 64.

5) Glück Bd. XVIV No. 391; Bd. VII S. 78; Sintenis No. 513 Anm. 7; Keller S. 200; Vangerow 7 Aufl. S. 372.

6) Dernburg Pfandrecht Bd. II S. 109.

7) Dernburg Pand. Bd. I § 280.

Gerade aber der Umstand, dass der Gläubiger ohne Zustimmung des Verpfänders die Sache veräussern kann, ja selbst gegen den Willen desselben verkaufen kann, spricht gegen diese Ansicht. Richtiger ist die Anschauung,[1] die auch jetzt die herrschende ist, dass der Pfandgläubiger auf Grund seines dinglichen Rechts, fremdes Eigentum veräussern kann; denn die Befugnis zum Pfandverkauf bildet „einen Bestandteil des dinglichen Rechts".[2] Es handelt also der Pfandgläubiger aus eigenem Rechte, wenn auch für Rechnung des Eigentümers.

Zu diesem dem Pfandgläubiger zustehenden Recht, eine fremde Sache mit dem Erfolg der Eigentumsverschaffung auf Rechnung des Schuldners zu veräussern, findet sich ein Analogon im Selbsthülfeverkauf. Diese Parallele ist aber nicht zu ziehen in dem Falle, wenn der zum Selbsthülfeverkauf berechtigte Schuldner nicht das Eigentum eines andern, sondern das seinige veräussert. Letzterer Fall ist bei Weitem der häufigere.

Der Schuldner ist der Verkäufer; doch „spielt er eine verschiedene Rolle",[3] je nach dem er noch Eigentümer des Verkaufsobjektes ist, oder je nach dem der Gläubiger Eigentümer ist. Nur im letzten Falle, wenn nämlich das Eigentum schon auf den Gläubiger übergegangen ist[4] und letzterer erst dann in Annahmeverzug gerät, gleicht das Recht des Verkäufers, die Ware, die schon Eigentum des Käufers ist, zu veräussern,

1) Dernburg a. a. O.; Windscheid-Kipp Bd. I § 237.
2) Dernburg Pand. Bd. I § 280.
3) Jahrbücher Bd. XVII a. a. O. (Kohler).
4) Vgl. S. 42 ff.

dem Recht des Pfandgläubigers. Denn es liegt hier auch ein Verkauf einer fremden Sache kraft eigenen Rechts aber für Rechnung des Eigentümers vor. Ist jedoch der Verkäufer noch Eigentümer, so kann diese Parallele nicht gezogen werden. Es ist also nötig, die Befugnis des Verkäufers, eine schon veräusserte, aber noch nicht an den Erwerber zum Eigentum übertragene Sache nochmals zu veräussern, anders zu erklären. Demnach wäre die rechtliche Natur des Selbsthülfeverkaufes je nach den verschiedenen Voraussetzungen (ob eine eigene oder eine fremde Sache verkauft wird) als eine verschiedene aufzufassen. Das ist insofern nicht befriedigend, als das Gesetz für alle diese Fälle dieselben Vorschriften hat, das HGB. sogar das Recht mit demselben Namen „Selbsthülfeverkaufsrecht" belegt.

M. E. ist es notwendig, die rechtliche Gestaltung des Selbsthülfeverkaufs auch aus seinen Wirkungen einem einheitlichen Begriff unterzuordnen. Das charakteristische Moment des Selbsthülfeverkaufs ist der Verkauf im eigenen Namen für die Rechnung eines andern, in der Regel des säumigen Käufers, wobei es an sich gleich ist, ob der Verkäufer seine eigene oder eine fremde Sache veräussert.

Das Kontrahieren im eigenen Namen für fremde Rechnung entspricht dem Begriff der mittelbaren oder indirekten Stellvertretung.[1]

Da diese Befugnis, im eigenen Namen für fremde Rechnung Rechtsgeschäfte abzuschliessen, im Falle des Selbsthülfeverkaufs durch genauere Normen bestimmt ist, so liegt hier m. E. eine „gesetzliche Stellvertretung[2]

1) Dernburg Pand. Bd. I § 117.
2) Brunner S. 354.

mit mittelbarer Wirkung“ oder eine auf Gesetz beruhende indirekte Stellvertretung vor.

§ 7.

Das Endergebnis der vorstehenden Untersuchung ist somit, dass sich der Selbshülfeverkauf bei Gläubigerverzug nicht lediglich unter einen Begriff im Rechtssystem einordnen lässt. Es weist der Selbsthülfeverkauf, wie nachgewiesen ist, hinsichtlich seiner rechtlichen Natur verschiedene Elemente auf, und zwar ist er:

ein Akt der Selbsthülfe,

insofern, als durch ihn Rechte ohne Inanspruchnahme der Obrigkeit trotz Widerstandes befriedigt werden. — Die Selbsthülfe wird durch den Verkauf ausgeübt; es liegt somit im Selbsthülfeverkauf:

ein Kaufvertrag,

welchen der Verkäufer nach vorgängiger Androhung im eigenen Namen auf Rechnung des säumigen Käufers abschliesst.

Der Selbsthülfeverkauf ist ferner:

eine Folge des Verzuges,

insofern er als ein besonderes Recht, welches eben das Gesetz an den Verzug in der Annahme knüpft, anzusehen ist. —

Er ist:

ein Erfüllungssurrogat,

insofern durch den Verkauf die in der Annahme des Objekts liegende Vertragserfüllung ersetzt wird.

Er charakterisiert sich endlich auch als ein Fall der indirekten Stellvertretung, insoweit als zwar der Verkäufer beim Verkauf als Kontrahent auftritt, aber den Erlös für Rechnung des säumigen Käufers annimmt.

Druckfehler-Verzeichnis.

Seite 6 Zeile 1: „E.1." statt „Endemann".
„ 6 „ 2: „E.2." statt „Endemann".
„ 12 „ 5 (von unten): „20" statt „2 O."
„ 17 „ 26 „ „ „Käufers" statt „Käufevs".
„ 18 „ 18: „wesentlich" statt „wesentlish".
„ 21 „ 5: „Selbsthülfeverkauf" statt „Selbsthlfeveürkauf".
„ 23 „ 23: „Handelsgesetzbuch" statt „Handelsrecht".
„ 24 „ 8: „Art. 343" statt „Art. 333".
„ 24 „ 19: „Art. 343" statt „Art. 363".
„ 29 „ 8: „Definitionen" statt „Definationen".
„ 31 „ 1 (von unten): „Hanausek" statt „Hanansch".
„ 32 Anm. 1 und 2: „Hanausek" statt „Hanansch".
„ 35 „ 2: „Matthiass" statt „Matthias".
„ 41 Zeile 19: „Empfangnahme" statt „Empfangsnahme".
„ 43 „ 5 (von unten): „Anm. 6" statt „Anm. 5".
„ 44 „ 4 „ „ „Düringer" statt „Duringer".
„ 45 „ 2 (von unten): „Hanausek" statt „Hanansch".
„ 45 „ 3 (von unten): „Lehmann" statt „Lehman".
„ 54 „ 6: „Ladenburg" statt „Ladeneburg".
„ 56 „ 8: „gesetzlichen" statt „gesetzlfichen".
„ 56 „ 2 (von unten): „Hahn" statt „Halm".
„ 57 „ 5: „intellegitur" statt „intellegitor".
„ 57 „ 6: „alienari" statt „alienare".